

论公共秩序保留制度的限制适用

邓 杰

内容提要 对公共秩序保留制度的限制适用是当今国际社会的普遍共识及重要发展趋势。之所以如此,主要是基于各国国际私法乃至民商法的国际化、趋同化发展,以及国际私法基本价值目标充分实现的内在要求。

关键词 公共秩序保留 限制适用 国际化 趋同化

公共秩序保留(reservation of public order),是指一国法院依其本国冲突规范的指引本应适用某外国法,却因适用该外国法会与法院地国的公共秩序相抵触因而排除其适用的一种保留制度。公共秩序保留制度自产生后,已在世界各国得到接受和采用,成为国际私法中的一项重要制度。但是长期以来,由于公共秩序保留制度缺乏确定一致的内涵及统一适用的标准,常常被不适当地扩大解释及滥用。晚近,随着国际民商事交往与合作的日益紧密以及各国国际私法乃至民商法的国际化、趋同化发展,合理限制公共秩序保留制度的适用已日渐成为当今国际社会的普遍共识及重要发展趋势。本文拟通过对公共秩序保留制度的限制适用及其成因探究和分析,倡导确立科学的公共秩序保留理论和构建适应时势的公共秩序保留制度,以维护国际私法的价值及健康发展。

公共秩序保留制度限制适用问题的产生

公共秩序保留虽为各国国际私法中的一项基本制度,但对于何为公共秩序,应在何种情况下援引公共秩序保留,各国无论是在理论上还是在立法上,抑或是在实践中,均未达成一致。对此,很多学者指出,公共秩序本身就是一个含糊的概念,没有确定的内涵;而公共秩序保留本身也是一个弹

性的制度,对其适用向来缺乏统一和固定的标准。因此,根本不可能也没有必要要求政治制度、社会结构和历史文化传统等各方面都不相同的各个国家对公共秩序形成统一的认识、一致的理解。正如英国学者韦斯特莱克所说,“为公共秩序保留确定范围的企图从未成功过;只能由各个国家,无论是通过立法机关还是通过法院,去确定它的哪一些政策是紧迫到必须援引公共秩序保留的”。换言之,哪一外国法的适用违反了内国的公共秩序,只能由内国的立法机关、法院或适用国际私法的其他机关去判定。而现实中,不同国家,在不同的历史时期,或者即使同一国家,在不同的历史时期,不同学者或不同法官在不同的案件中,根据他们所代表的或所属的那个国家或阶级的政策和利益的需要,对公共秩序作出不同的解释,赋予其不同的内涵,都是十分平常的事情。因为,公共秩序不仅会因各国制度、政策和利益的不同而产生差异,而且还会随着社会的发展、时代的变迁、一国制度的改变、观念的更新以及政策和利益的重新设定,而发生深刻的变化。

正是由于公共秩序如此抽象、模糊,公共秩序保留制度如此灵活、缺乏定数,因而使得法官在解释和运用公共秩序保留时取得了相当广泛的自由裁量权,并进而为法官滥用公共秩序保留,任意限

制或排除外国法的适用提供了极大的便利,公共秩序保留被滥用也因而成为国际私法中的一种普遍现象。例如,法国的法院就长期滥用公共秩序保留制度,拒绝承认外国法中规定的有关离婚的更多自由和已婚妇女的财产权利,否认社会主义国家国有化法令的效力。

公共秩序保留制度被滥用的直接后果,就是使得国际私法在协调各国法律冲突中的价值被大大降低和削弱,进而使得国际民商事交往与合作的顺利进行和正常发展遭到破坏和阻碍,而这不仅与公共秩序保留制度确立的初衷是相悖的,与国际私法本身的价值取向尤其是与当今世界政治、经济一体化发展的大趋势更是背道而驰的。不过,值得欣慰的是,国际社会毕竟是一个以互利和共益为基础的社会,任何一个国家过分利己的行为都会受到来自国际社会的整体压力。而且,一个国家即使仅为本国利益着想,也不愿将此种行为放纵至为所欲为的地步。现在,对公共秩序保留制度的适用加以限制已成为国际社会的普遍要求。第二次世界大战后,尤其是近几十年来,随着国际政治、经济形势的发展变化,各国在对公共秩序的理解和对公共秩序保留制度的适用上也有了积极的变化,限制公共秩序的范围,限制公共秩序保留制度的适用已成为越来越多国家的共识。

公共秩序保留制度限制适用的具体表现

综观当今各国国际私法的立法与司法实践,公共秩序保留制度的限制适用主要表现在以下几个方面:

(一) 限制公共秩序的范围

公共秩序保留制度之所以容易被滥用,关键在于各国对公共秩序的内涵缺乏清楚的认识和明确的界定,导致法官在实践中可以随意解释,任意扩大公共秩序的范围。由此,明确界定公共秩序的内涵,严格限定公共秩序的范围,便成为有效防止公共秩序保留制度被滥用的一个基本切入点。在此方面,国内及国际立法采取的做法是,区分国内民法上的公共秩序和国际私法上的公共秩序,将公共秩序保留制度的适用限定在违反国际私法上的公共秩序的范围。

最早提出所谓“国内(民法上的)公共秩序”和“国际(私法上的)公共秩序”概念的是瑞士的学者

布鲁歇。他不仅对两者作了区分,而且将一国的强行法分别纳入了这两个不同的公共秩序范畴,强调只有属于国际私法上的公共秩序的强行法才具有排除外国法适用的效力,亦即只有在有关外国法的适用会损害内国在国际私法上的公共秩序时,才可援引公共秩序保留制度对该外国法的适用予以限制或排除。1928年《布斯塔曼特法典》在其第3条即采用了这两个概念,并将法律和规则分为三类:(1)属人法或国内公共秩序法;(2)属地法、当地法或国际公共秩序法;(3)任意法或私的秩序法。该法典还在其第4条进一步规定“宪法上的法则属于国际公共秩序法”。尽管该法典中所称的“国际公共秩序法”仍是国内法中的一部分,但这种区分无疑已经注意到了国内民商事关系与国际民商事关系之间的区别,严格了公共秩序保留适用的条件和范围,有利于国际民商事交往与合作的健康发展。因为,国际私法上的公共秩序所涉及的是国际民商事关系,而国内民法上的公共秩序所涉及的是纯粹国内的民商事关系,前者的范围比后者的范围要狭窄得多,若不将两者区分开来,不仅会抹煞两种不同性质的民商事关系之间客观存在的区别,而且势必为法官任意扩大解释公共秩序的范围,滥用公共秩序保留制度限制或排除外国法的适用,进而妨害国际民商事关系的有效调整,阻碍国际民商事交往与合作的顺利开展,大开方便之门。

(二) 限制内国法在依公共秩序保留制度排除外国法的适用之后的替代适用

现在,对于援引公共秩序保留制度排除有关外国法的适用之后,一律代之以内国法或法院地法的做法,已逐渐遭到淡化和摒弃。原因很简单,如果这种做法不受到任何限制的话,势必会误导甚至鼓励法官去滥用公共秩序保留,因为凡外国法被排除后,即以内国法替补或取代,就会大大刺激法官援引公共秩序保留制度的积极性,毕竟各国法官都对内国法的适用有着一种难以割舍的情结,这种法律适用上向内的惯性是极易受到启发和诱导的。况且,从有效调整涉外民商事关系的实际出发,在有关外国法被排除后,不加分析地一概适用内国法并不一定合理。因为,既然依内国冲突规范的指引,应以某外国法为准据法,就表明有关的涉外民商事关系与该外国法之间的联系更紧

密,适用该外国法更适当、更合理,若以内国法替代,不仅难以保证法律适用结果的公平合理,对内国冲突规范的意旨其实也构成某种意义上的违反。

不过,对于依公共秩序保留制度排除有关外国法的适用之后若不直接代之以内国法,又应如何处理,各国的主张和做法并不完全一致:有的主张根据为同一涉外民商事关系设定的其他可供选择的连结点确定准据法;有的主张采取分割法或剔除法予以解决,即把作为准据法的外国法中与内国公共秩序相抵触的部分分割出去或剔除出去,保留不与内国公共秩序相抵触的部分加以适用;有的主张可选择该外国法中最相近似而又不与内国公共秩序相抵触的规定类推适用或依该外国法的一般法理来处理;有的则主张直接根据最密切联系原则为涉外民商事关系确定应予适用的法律;还有的则主张应拒绝审判,理由是既然内国冲突规范指定应适用外国法,即表明它不允许以其他法律替代,因此,当该外国法被排除后,即可视同外国法的内容不能证明,作拒绝审判应属恰当。

限制内国法在排除外国法的适用之后的替代适用,无疑是防止公共秩序保留制度被滥用的有力举措,但各国在采取这一举措时,还需注意防止另一个极端的出现,即不可因为担心公共秩序保留制度被滥用而盲目排除内国法替代适用的可能性:如果适用内国法能够得出比适用其他法律更为公正、合理的结果,那么内国法的适用就理所当然、义不容辞。通常,由于法官对内国法最了解、最精通,运用得最娴熟、理解得最准确,对其内容的取得和查明最便利,因而适用内国法作出判决最经济、最快捷,也最小可能出差错,这些都是在适用外国法时难以企及的。因此,限制公共秩序保留制度的适用,并不意味着对内国法或法院地法替代适用的简单否定或绝对排除。否则,我们又将面临从一个极端滑向另一个极端的危险。

(三) 严格公共秩序保留制度的适用标准和条件

从各国的立法和实践来看,已经有越来越多的国家接受并采用公共秩序保留制度适用标准上的客观说或结果说,主张公共秩序保留制度的启动或援引,不能仅仅因为有关外国法的内容与内

国公共秩序相抵触,而还应该考察该外国法的适用最终是否会产生损害内国公共秩序的结果。实践中,常常出现这样的情形,即有关外国法的内容虽与内国的公共秩序相抵触,但其适用并不必然导致损害内国公共秩序的结果,有时甚至产生完全相反的结果。由此,采用公共秩序保留制度适用标准上的结果说,不仅有助于对该制度的限制适用,更有助于对该制度的客观准确的适用,亦即有助于保证该制度的适用是有限的,同时又是正当的、必要的、合理的。正如许多学者所强调的那样:仅仅为了凸显内国法与外国法之间的不一致,不是公共秩序保留制度适用的目的,公共秩序保留制度存在和适用的意义应该是、也必须是对公正、合理的法律关系结果的追求,只有当法律关系与内国有紧密的联系,以致造成对内国当事人利益的直接影响时,才有必要适用公共秩序保留制度。

为更有效地限制公共秩序保留制度的适用,各国在采用结果说的适用标准的基础上,还纷纷试图确立更加严格的适用条件。例如,1988年《瑞士联邦国际私法》第17条规定,“当应适用于个别案件之外国法律条款明显违背土耳其之公共秩序时,不适用之”。1985年海牙《国际货物销售合同法律适用公约》第18条规定,“根据本公约指引的法律,只有在其适用会与公共秩序明显抵触时,才可拒绝适用”。从上述两项规定来看,均无不强调公共秩序保留制度的适用还须满足一项严格的条件,即适用外国法会产生“明显违背”内国公共秩序的结果。尽管这里的“明显违背”仍属于一个极具弹性的措词,但已经充分体现了国际社会限制公共秩序保留制度适用的普遍意向,而且这种意向已经实实在在地通过立法明确地表达出来了。

(四) 国际公共秩序概念的导入和确立

这里所指的国际公共秩序,不同于布鲁歇所提出的国际(私法上的)公共秩序,因为两者各自所属的法律范畴和所赖以存在的社会基础均有不同。前者是一个国际法上的概念,所要维护的是关乎整个国际社会或全人类生存、和平与发展的共同利益或根本利益。后者所涉及的涉外民商事关系虽然超出了一个国家的界限和范围,但它仍然是一个国内法上的概念,所要维护的仍只是一个国家即内国的利益。

国际公共秩序概念的提出和确立,标志着公

共秩序已逐渐从一国法律和利益的狭隘束缚中摆脱出来走向国际,而这无疑是国际私法日益国际化和趋同化发展的结果。

国际私法自产生以来的几百年间里,由于各国对内国利益的强调和对本国主权的推崇,使得国际私法长期陷于国内法的淹没之中而常常不能准确定位甚至迷失发展的方向。植根于国内社会,从内国法中生长出来的公共秩序保留制度,即是国际私法被定位为国内法并根据国家本位理念发展形成的一系列原则、规则及制度中的一项。在这种思维模式下,各国不仅在国内法中建立了各自的国际私法体系,而且对涉外民商事关系的调整各行其是、各自为政,动辄还以公共秩序保留作为限制和排除有关外国法适用的工具。这便脱离了国际私法的预定轨道,抹煞了国际私法与一般国内法之间在对象、功能、目的等各方面的本质区别,使得国际私法在发展的过程中,常常扭曲错位,甚至迷失方向、误入歧途,偏离甚至完全背离其合理调整涉外民商事关系以促进国际民商事交往与合作健康发展,并进而创建一个公平合理、健全有效的国际民商事秩序的基本价值目标。

不过,自人类社会进入 20 世纪以后,特别是第二次世界大战之后,上述令人堪忧的格局已大有改观。这主要是随着国际民商事交往与合作日益紧密的发展,各国在大大加强了彼此了解和信任的基础上,不但有了进一步协调与合作的迫切需求,而且逐渐达成了越来越多的谅解和共识,各国的国际私法甚或民商法开始相互渗透、融合、趋同,并在此基础上形成了大量的国际条约和国际惯例,国际私法的国际性日益增强、国际化的进程也日益加快。与此同时,国际社会本位理念也取代国家本位理念而逐渐深入人心,成为推动当代国际私法进一步发展和完善的精神主导。国际私法的国际化、趋同化发展,必然要求也必然导致公共秩序的国际化。

首先,公共秩序保留作为国际私法的一项基本制度,如果不从其狭隘的国内法基础中剥离出来走向国际和统一,必将延缓甚至阻碍国际私法国际化、统一化的进程。因为如果各国都从偏私、狭隘的内国利益出发滥用公共秩序保留,必将产生强化各国法律差异和不协调、阻碍各国法律内容和观念接近或趋同的消极效果。而且,即使各国

已在某些领域达成一定的共识,但若不能在对公共秩序形成一致理解的基础上对公共秩序保留的适用有所克制,已实现的趋同也会遭到损抑和冲击。例如,自 20 世纪 60 年代以来,公共秩序保留条款被十分普遍地设置在各国的统一冲突法公约中。这种弹性条款的频繁适用,严重削弱了公约的效力,大大降低了公约的作用,妨碍了公约预期目标的实现。由此可见,公共秩序保留的滥用是国际私法国际化进程中必须克服的一大障碍,或者说必须突破的一大“瓶颈”。

其次,随着国际私法的国际化、趋同化发展,各国在很多问题上都能够消除分歧、达成共识、形成一致的理解、作出相同或统一的规定,对于公共秩序和公共秩序保留的适用问题也不例外。最近半个世纪以来,越来越多的国际条约开始尝试着对公共秩序的内涵或范围,对公共秩序保留的适用标准、条件、范围等作出统一的规定,力图消除各国在这些问题上所存在的差异和分歧,扭转各国各自为政滥用公共秩序保留彼此防范甚至相互敌对的尴尬窘境。同时,各国随着法律上相互渗透、彼此借鉴的增多以及法律文化交流的日益频繁和深入,在国内立法和司法实践中对公共秩序及公共秩序保留的适用形成的理解、作出的规定和采取的做法也日益趋近。

总之,国际公共秩序概念的提出和确立,是公共秩序从国内走向国际,国际私法上的公共秩序升华为真正意义上的国际公共秩序的必然结果。它是公共秩序保留制度适应国际政治、经济形势的深刻变化以及国际民商事实践的快速发展而日趋完善和成熟的标志。在国际公共秩序的统一框架内,各国必将减少或缩小在公共秩序的概念、范围、内容以及公共秩序保留的适用标准、条件、范围等方面的差异和分歧,大大降低和削弱滥用公共秩序保留的可能性和可行性,使得公共秩序保留的适用得到有效的限制。目前,国际公共秩序已不只是确立在有关国际条约中的一个概念或条款,而已日益成为广泛深入各国国内立法和司法实践的一个普遍概念和一般原则。例如,1984 年《秘鲁民法典》第 2050 条规定,依秘鲁冲突规范指定的外国法取得的合法权利,如不违背国际公共政策或善良风俗,在秘鲁同样有效。1967 年法国《关于补充民法典中国际私法规范的立法草案》第

2283条也规定,任何明显与国际关系中所理解的公共秩序不相容的外国法律都不得在法国适用。

秩序保留制度限制适用的成因分析

综上所述,不难得出,当今限制公共秩序保留适用的方法、措施乃至理念,之所以日益普遍地出现和反映在有关的国际立法和各国的国内立法及司法实践中,绝非出于偶然,而是有着其深厚的实践基础和历史必然。

首先,各国国际私法乃至民商法的国际化、趋同化发展一定程度地削弱了公共秩序保留制度存在和适用的客观基础和实际意义。国际私法中公共秩序保留制度赖以存在的客观基础是各国民商法律存在歧异和冲突,而随着法律的趋同化特别是各国民商法及作为民商法适用法的国际私法的日趋一致,各国法律之间冲突的范围和程度必将日益缩小和减弱,公共秩序保留作为“安全阀”的地位和作用也必将随之降低。尤其在那些存在统一实体法条约的缔约国之间,由于条约所涉及的范围,民商事领域的法律冲突已不复存在,因而公共秩序保留制度也就失去了存在和适用的价值和意义。当然,需指出的是,法律的趋同化并非法律的大同,即使在法律的普遍性作用很强的民商法领域,各国的法律冲突仍不可避免。因此,公共秩序保留制度仍有其存在的基础和适用的空间,只是这种基础和空间已日益薄弱和狭小。此外,随着各国法律的国际化,各国对公共秩序本身及对公共秩序保留的适用等问题的认识和做法也日益趋同,并在此基础上提出和确立了国际公共秩序的概念,从而使得在国际上发展和形成一个各国都应遵守也愿意遵守的适用公共秩序保留的统一标准体系成为可能。这样的话,法官在适用公共秩序保留制度上享有的广泛自由裁量权便能得到合理和必要的约束,限制公共秩序保留制度被滥用的目标也因而能得到有效实现。

其次,国际私法的基本价值目标也要求对公共秩序保留制度的适用施以严格的限制。国际私法的历史发展已经证明,国际私法是适应国际民商事交往与合作开展的实践需要而产生和发展起来的一个独立的法律体系,它是以维护国际民商事关系的稳定,保证国际民商事交易的安全,公正合理地解决国际民商事争议,平等地维护内外当

事人的合法权益,进而有效保障和促进国际民商事交往与合作顺利开展为其基本价值目标的。要实现国际私法的这种基本价值目标,各国在彼此的法律最终达成统一之前,还必须也只能主要通过在一定条件下相互承认和适用对方法律的途径即冲突法的途径。传统的国际私法体系,包括其中的主要原则、规则及制度等,正是在这种基础上建立和发展起来的。公共秩序保留制度作为传统国际私法中的一项基本制度,其确立无非是考虑到各国在承认和适用外国法时可能会对内国的主权、安全和根本利益造成损害,而为了防止和消除这种不能为各国所接受和容忍的损害,公共秩序保留制度的“安全阀”作用实在不容忽视。但是,任何事物都有其两面性,公共秩序保留制度就如同一把“双刃剑”,运用得当即可保证各国在维护自己主权、安全和根本利益的前提下相互承认和适用对方的法律,实现对涉外民商事关系的有效调整;运用不得当的话,尤其公共秩序保留制度本身就十分弹性和模糊,如果各国不对其适用统一加以明确和限制,而采取信马由缰、放任自流,公共秩序保留制度就会沦为各国法官恣意为、主观专断,任意限制和排除外国法适用的工具,从而严重扰乱对涉外民商事关系的调整,阻碍国际民商事交往与合作的顺利开展,使得国际私法的基本价值目标无从实现。总之,公共秩序保留制度是国际私法中一项不可或缺、有用且有利的制度,而如果对其适用不能采取谨慎而克制的正确态度,任由各国随意扩大解释和滥用,它又会转化为危及国际私法存在和发展的不利因素甚至有害工具。正如威希尔所指出的,如果不给公共政策以合理的解释,那就会在很大程度上等于取消了国际私法的原则。马丁·沃尔夫也曾针对公共秩序保留制度的滥用不无担忧地指出:“萨维尼所表示的希望——‘随着各国法律的自然发展,这些例外情形可望逐渐消除’——是太乐观了。相反,目光短浅的现代民族主义大大地增强了这些‘例外情形’的数目,从而严重地损害了国际私法作为倾向于国际规定的一个法律体系的价值。”由此可见,严格解释和限制适用公共秩序保留制度正是国际私法基本价值目标得以实现的根本保证。

参见韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版

社 2000 年版,第 145 页。

参见[苏]隆茨著,袁振民、刘若文译:《国际私法》,中国金融出版社 1987 年版,第 62 页。

参见沈涓著:《冲突法及其价值导向(修订本)》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 182 页。

如 1995 年意大利国际私法改革法第 16 条第 2 款的规定。

参见[德]马丁·沃尔夫著,李浩培等译:《国际私法》,法律出版社 1988 年版,第 269 页。

参见[苏]隆茨著,袁振民等译:《国际私法》,中国金融出版社 1987 年版,第 63 页。

例如,1956 年的《废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制之制度与习俗补充公约》第一编即规定,各缔约国遇到在债务担保、土地承租、女子婚姻和未成年人监护等方面存在类似奴隶制之制度习俗时,“应采取一切实际而必要之立法及其他措施,逐渐并尽速达成完全之废止或废弃”。1966 年的《消除一切形式种族歧视国际公约》第 5 条要求各缔约国承诺在享有国籍之权、在国境内自由迁徙及居住之权、缔结婚姻及选择配偶之权、单独占有及与他人合有财产之权、继承权、住宅权等公民权利方面,“禁止并消除一切形式的种族歧视,保证人人享有不分种族、肤色、或原属国或民族本源在法律上一律平等之权”。1961 年的《维也纳外交关系公约》规定了若干保护外交人员权利的条款,如使馆馆舍及外交代表人身不得被侵犯,外交代表及外国国家财产

在刑事和民事上享有管辖、诉讼、执行、征税方面的豁免权等。联合国国际法委员会 1978 年拟定的《关于最惠国条款的规定(草案)》,对最惠国待遇的法律依据、来源和范围以及依最惠国条款产生的权利及其范围等问题也作出了统一的规定。除这些公约外,国际公约对国际公共秩序的规定还涉及到保护妇女儿童合法权益、反对走私贩毒、保护难民合法地位、反对危害民用航空安全的非法行为等内容。对一个缔约国而言,如果适用其他缔约国法律会产生违背公约中所规定的国际公共秩序的结果,该缔约国就可以援引公共秩序保留拒绝其他缔约国法律的适用。

参见李双元、徐国建主编:《国际民商新秩序的理论建构》,武汉大学出版社 1998 年版,第 257 页。

[德]马丁·沃尔夫著,李浩培等译:《国际私法》,法律出版社 1988 年版,第 273 页。

作者简介:邓杰,法学博士,厦门大学法学院博士后流动站科研人员,华侨大学法学院副教授。泉州,362021。

[责任编辑:蒋秋明]